



Odchodzenie od arbitrażu inwestycyjnego wewnątrz Unii Europejskiej

Szymon Zaręba

Wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE z września i października br. wskazują, że Trybunał konsekwentnie zmierza do położenia kresu praktyce postępowania arbitrażowych między inwestorami mającymi siedzibę w Unii i państwami UE. Podobnie jak Komisja Europejska uważa ją za sprzeczną z unijnym prawem. Jego orzecznictwo stwarza szansę ograniczenia wypłacania odszkodowań unijnym inwestorom przez państwa UE, w tym Polskę. Komisja będzie jednak dążyć do stworzenia alternatywnych rozwiązań służących ochronie inwestycji zagranicznych.

Arbitraż inwestycyjny a prawo UE. Arbitraż inwestor–państwo (ISDS, od Investor-State Dispute Settlement) polega na rozstrzyganiu sporów między inwestorami zagranicznymi a państwami lokalizacji ich inwestycji przez niezależne sądy arbitrażowe. Umożliwia inwestorom dochodzenie odszkodowań za naruszenie ich praw wynikających z dwustronnych umów inwestycyjnych (tzw. BIT-ów, od Bilateral Investment Treaty) lub umów wielostronnych (jak [Traktat Karty Energetycznej](#)). Może być wykorzystany np. w przypadku nacjonalizacji inwestycji albo traktowania inwestora zagranicznego w sposób dyskryminujący w porównaniu z inwestorami krajowymi. Inwestorzy coraz częściej stosują go też jednak do kwestionowania niekorzystnych z ich punktu widzenia zmian prawnych służących np. ochronie klimatu czy praw pracowniczych.

Do niedawna arbitraż inwestycyjny był powszechnie wykorzystywany przez unijnych przedsiębiorców inwestujących w innych państwach UE. W 2018 r. w wyroku w sprawie Achmea Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) [uznał jednak stosowanie klauzul ISDS w BIT-ach zawartych między państwami Unii za niezgodne z prawem UE](#). Stwierdził, że interpretacja prawa UE, której dokonują sądy arbitrażowe, może tylko w ograniczonym zakresie podlegać kontroli TSUE. Stwarza to ryzyko powstania rozbieżności w wykładni prawa Unii, naruszając zasadę jego autonomii wyrażoną w unijnych traktatach. Werdykt nie rozstrzygnął jednak wszystkich wątpliwości. Głównym problemem była

legalność [klauzuli ISDS zawartej w wielostronnym Traktacie Karty Energetycznej](#), na podstawie której w ostatnich latach toczyło się blisko 50% spraw arbitrażowych z udziałem inwestorów z siedzibą w Unii i państwach UE. W wyroku z 2 września br. w sprawie Komstroy TSUE orzekł, że jej stosowanie było również sprzeczne z prawem UE, z tych samych przyczyn co w przypadku arbitrażu wynikającego z BIT-ów. W wyroku z 27 października br. w sprawie PL Holdings TSUE uznał z kolei za niedopuszczalny arbitraż wewnątrzunijny na podstawie zgody stron, która nie wynikała z traktatu. Wyrok ten był korzystny dla Polski pozwanej przez luksemburską spółkę. Trybunał stopniowo zamyka więc możliwość stosowania jakichkolwiek form arbitrażu inwestycyjnego między inwestorami z UE a państwami Unii.

Reakcja sądów arbitrażowych, państw UE i Komisji. Niemal wszystkie sądy arbitrażowe od 2018 r. lekcewały orzeczenie w sprawie Achmea. Twierdziły zwykle, że nie były nim związane – działając na podstawie umów międzynarodowych a nie prawa UE – i nadal rozstrzygały poszczególne sprawy i wydawały wyroki. W razie przegranej państwa dążyły do uchylenia tych wyroków przed sądami powszechnymi w państwie, w którym znajdowała się siedziba sądu arbitrażowego, lub próbowały uniemożliwić egzekucję takich wyroków, która także podlega kontroli sądowej. W praktyce sądy w państwach UE pod wpływem orzecznictwa TSUE coraz częściej uchylały wyroki

arbitrażowe lub odmawiały ich egzekucji. By tego uniknąć, część inwestorów dążyła więc do wszczynania postępowań przed sądami arbitrażowymi mającymi siedzibę w państwach nienależących do Unii – zwłaszcza w USA, Wielkiej Brytanii i Szwajcarii – co umożliwiały postanowienia przynajmniej części BIT-ów. Inwestorzy próbowali też egzekwować w tych państwach zasądzone na ich korzyść roszczenia, zwykle odnosząc sukces.

Większość państw UE, w tym Polska, zaaprobowała werdykt w sprawie *Achmea*. Kontynuowały więc – w odpowiedzi na apele KE – rozpoczęte jeszcze przed jego wydaniem wypowiedzanie BIT-ów zawartych z innymi państwami Unii lub negocjowanie zasad ich wygaśnięcia. By przyspieszyć ten proces i powstrzymać sądy arbitrażowe przed rozpatrywaniem nowych spraw, zawarły w maju 2020 r. wielostronne porozumienie o wygaśnięciu dwustronnych umów inwestycyjnych między nimi (nie uczyniły tego Austria, Finlandia, Irlandia i Szwecja). Oprócz kompleksowego charakteru zaletą porozumienia jest likwidacja przewidzianych w BIT-ach okresów przejściowych umożliwiających stosowanie arbitrażu nawet przez 15 czy 20 lat po wypowiedzeniu umowy (*sunset clauses*). Wobec państw, które nie podpisały porozumienia z maja 2020 r., KE prowadzi postępowania w sprawie uchylenia zobowiązaniom traktatowym (wyjątek to Irlandia, która nie była stroną żadnego BIT-u z państwem UE). Brak jednak na razie analogicznego porozumienia państw UE dotyczącego np. Traktatu Karty Energetycznej.

KE jeszcze przed wydaniem omawianych wyroków uważała, że ISDS jest sprzeczny z prawem UE, a alternatywą powinny być zwykłe postępowania przed sądami powszechnymi w państwach UE. Środowiska biznesowe naciskały jednak na stworzenie odpowiednika arbitrażu zgodnego z prawem Unii, np. specjalnego Europejskiego Trybunału Inwestycyjnego. Uzasadniały to zagrożeniami dla praworządności i niską efektywnością systemów sądowniczych w części państw członkowskich. KE podjęła więc prace nad tą kwestią i do końca br. ma ogłosić propozycję dotyczącą transgranicznej ochrony inwestycji. Innym rozwiązaniem może być utworzenie Wielostronnego Trybunału Inwestycyjnego z udziałem państw nienależących do UE, którego statut będzie uwzględniał konieczność poszanowania autonomii prawa UE w sprawach wnoszonych przez unijnych inwestorów przeciw członkom Unii. KE zabiega o jego powołanie od kilku lat, m.in. na forum Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL). Prawdopodobnie jednak będzie to jeszcze długo niemożliwe z powodu sprzeciwu USA, Japonii i Rosji.

Wnioski i perspektywy. Wyroki TSUE w sprawach *Komstroy* i *PL Holdings* są zgodne ze stanowiskiem Polski i większości państw UE co do wewnątrzunijnego arbitrażu

inwestycyjnego. Zwiększają szansę uchylenia niekorzystnych dla tych państw orzeczeń arbitrażowych przez unijne sądy. Będą także ograniczać możliwość egzekucji w UE odszkodowań zasądzonych przez sądy arbitrażowe na rzecz inwestorów z Unii. Orzecznictwo TSUE może więc zniechęcić część przedsiębiorców z UE do wykorzystywania ISDS przeciw członkom Unii, w tym Polsce.

Nadal nie jest jednak przesądzone, czy sądy arbitrażowe będą uwzględniać wyroki TSUE i odmawiać rozpatrywania nowych skarg inwestorów. Byłoby to pozytywne z perspektywy poszanowania prawa UE, ale też prawa międzynarodowego, które dopuszcza wygaśnięcie w całości traktatu (takiego jak BIT) w drodze zawarcia przez jego strony późniejszego porozumienia (jak to z maja 2020 r.). Arbitrzy mogą jednak powoływać się np. na konieczność ochrony praw nabytych przez inwestorów na podstawie BIT-ów i akceptować wnoszone sprawy aż do upływu okresu przejściowego umożliwiającego stosowanie arbitrażu. Motywacją może być dążenie do zachowania wysokich standardów ochrony prawnej, ale także fakt, że akceptacja stanowiska TSUE ograniczałaby możliwości zarobkowania arbitrów. Jeszcze bardziej problematyczne będą postępowania np. na podstawie Traktatu Karty Energetycznej, gdyż w tym przypadku nie zostało zawarte porozumienie analogiczne do tego z 2020 r. Inwestorzy mogą też nadal próbować egzekwować korzystne dla nich wyroki arbitrażowe w państwach nienależących do UE, m.in. w USA i Wielkiej Brytanii, gdzie szanse, że zostaną zakwestionowane z powodu niezgodności z prawem Unii, są zdecydowanie mniejsze. Wielu z nich będzie także restrukturyzować swoje inwestycje, tak by realizowały je ich spółki-córki działające poza Unią. Pozwoli to na wykorzystywanie BIT-ów zawartych między państwami UE i państwami spoza Unii (żaden wyrok TSUE nie stwierdził dotąd ich nielegalności i jest to mało prawdopodobne).

Wskazane byłoby więc skłonienie KE przez państwa UE, w tym Polskę, do uregulowania z państwami trzecimi (np. z USA czy Wielką Brytanią) przynajmniej kwestii egzekucji wyroków arbitrażowych naruszających prawo UE. Rozwiązaniem może być zawarcie z nimi oddzielnych umów międzynarodowych regulujących sporne kwestie. Jest zarazem pożądane, by Polska aktywnie monitorowała inicjatywy, które mogą prowadzić do przywrócenia arbitrażu wewnątrz UE w innej postaci (np. ustanowienia europejskiego lub międzynarodowego trybunału inwestycyjnego) albo do reformy Traktatu Karty Energetycznej. Przy ustalaniu szczegółowych rozwiązań wskazane byłoby zadbanie o zapewnienie możliwie dużej swobody regulacyjnej, m.in. w zakresie ochrony środowiska czy prawa pracy, z poszanowaniem uzasadnionych praw inwestorów.